

POR DON FRANCISCO, Y DOÑA MARIA de Queſada Cañuto hermanos, vezinos de la villa de Mançanares.

EN EL PLEYTO

Con Frãciſca de Queſada ſu tia, vezina de la dicha villa.

En Granada, en la imprenta de la Real Chancilleria, Por Franciſco Heylan. Año 1628.



STE papel se escriue para fundar que quien ha de ser declarado por sucessor deste vinculo y mayorazgo, en esta vacante es la dicha doña Maria de Quesada, y en su defeto el dicho don Francisco, como hijo primogenito de Francisco de Quesada Cañuto su padre, y la dicha Francisca de Quesada condenada en la restitucion de todos los frutos.

En la clausula de la fundacion deste vinculo, que se refiere a la letra en el memorial del Relator, estan formados tres llamamientos cada qual dellos de diferente genero de personas, in primis enim, llamò a sus hijos, y descendientes, ibi: *Y despues de los dias del dicho mi marido, buelua el dicho quinto al heredero que dexare nombrado, y el dicho mi heredero, en quien ha de venir el dicho quinto es mi voluntad lo reciba, &c.* Et ibi: *Y si por caso lo que Dios no permita el dicho mi heredero viniere a morir antes que el dicho Martin Collado, y sin heredero legitimo, quiero, y es mi voluntad, que en fin de los dias del dicho Martin Collado, y del dicho mi heredero vengan los dichos bienes, &c.* Porque la palabra, mi heredero, en las dichas substituciones se entiende de hijo, y heredero de sangre, l. ex facto, §. si quis ita fin. ff. ad Senatus Consul. Trebel. ibi: *Fidei tuæ fili committo, vt si sine hærede moriaris restituas Seio hæreditatem videri eũ de liberis sensisse Diuus Pius rescripsit.* Quem textum vltra ordinarios exornant Costa, in §. & quid si tantum, num. 39. Mantica, de coniecturis, lib. 8. tit. 18. num. 31. & lib. 11. tit. 1. nu. 9. Peregrinus, de fideicommissis, art. 32. nu. 36. Prætis, lib. 3. de interpretatione vltimarum voluntatum, lib. 3. solut. 5. à numer. 5. folio 17. y en materia de mayorazgos, y vinculos, Ioseph. de Rusticis, in l. cum auus, lib. 3. cap. 3. per totum, & dominus Molina, de primogenijs in annotationibus, num. 6. & 7. complures authores referens. Secundo autem loco, està llamado el pariente de la fundadora, que su marido, o hijo que houiesse de suceder en el dicho vinculo nombrasse en defeto de no dexar hijos,

hijos,o descendiẽtes que pudiessen suceder qual dellos quedasse viuo, como tambien se cõlige de las palabras que quedan referidas,ibi:*Y si por caso, & sequentibus.* Et ibi:*Que en fin de los dias del dicho Martin Collado, y suyos del dicho mi heredero vengan los dichos bienes del dicho quinto a la persona que nombrare el que vltimamente dellos muriere,con tanto que sea en pariente mio.* Y a falta de sus hijos, y descendientes, y de no auer quedado ninguno, y de no auer nombrado por falta dellos el marido,o hijo de la fundadora, que en primero lugar huuiesse de suceder en el dicho vinculo, nombrãdo pariente que sucediesse en el,quedò llamada la donzella parienta de la fundadora, honesta,y recogida, pobre, que no tuuiesse de hazienda mas de mil ducados, para que mas bien se pudiesse casar,y tomar estado,ibi:*Y en caso que ambos ados mueran sin dexar la tal persona que herede el dicho vinculo, quiero, y es mi voluntad que suceda en tal caso en la parienta mia mas cercana, que sea donzella, y la aya para su casamiento, y sus sucessores, con la dicha carga de Missas.* Et ibi: *Con tanto que la que ouiere de auer los dichos bienes sea pobre, honesta, y recogida, y de buena vida, y costumbres, y que no tenga de hazienda en cantidad de mas de mil ducados.*

Destos tres generos de llamamientos se verificò el primero,porque auiendo gozado Martin Collado,marido de la fundadora el vsufructo de los bienes de este vinculo,y mayorazgo,hasta que murio; por su muerte sucedio en el, y lo gozò don Martin Collado, hijo de ambos, nunc autem videre est, si en esta vacante se ha verificado el segundo llamamiento, para que se aya de suceder por eleccion, porque en tal caso no puede tener entrada el tercero llamamiento, ni ninguno otro, por el qual se pretenda suceder en este mayorazgo, nõ enim secundus substitutus admitti potest ad successionem donec primus deficiat, nec tertius vsque quo constet secundo loco substitutum non posse succedere ad instar successori ædicti, l. 1. ff. de successorio ædicto, l. cum pater, §. à te peto, ff. de legat. 2. l. heredes mei, §. cum ita, ad Trebellianum, l. vnum ex familia, §. de falcidia, ibi:*Satis erit vni reliquisse nam postquam paritum est, voluntati cæteri conditione deficiunt*, l. cum quidam, ff. de legat. 2.

legat.2. Caldas Pereira, de nominatione emphyteut. lib.3. quæst.10. numer.39. exornat D.Castillo, lib.2. controuersiar.cap.26.num.64. y por el mismo fundamento si el dicho segundo llamamiento, y substitucion no se ha verificado, ni puede verificar en esta vacante, aurà llegado el caso de suceder la donzella substituyda en tercero lugar, en quien se hallaren las calidades expressadas por la fundadora, qui enim suam substitutionem euenisse, probat, & habere qualitates, cum qua vocatus est admittendum esse ad succesionem nemo est qui ignoret vt animaduertũt Menochius, cons. 97.num.103.& 105.Rolandus, cons.56. num.3.lib.3. Honded.cons.60. numer.12. Burgos de Paz, cons.34. num.21. Azeuedus, cons.18.num.17. Casanate, cons. 4.num.9.

Dize pues Francisca de Quesada que don Francisco Collado, a quien la testadora dio facultad para que pudiesse nombrar sucessor a falta de sus hijos y descendientes, le nombrò a ella; & sic, que està en caso del segundo llamamiento, y substitucion, con que conforme a los textos, y doctrinas referidos, numero precedenti, deue ser declarada por sucessora del dicho vinculo, y mayorazgo, y absuelta de la demanda que se le ha puesto por estas partes. A que se responde. Lo vno, que nunca se le dio facultad de elegir al dicho don Frãcisco Collado, sino a la persona, y heredero que nombrasse Martin Collado, marido de la fundadora, & cũ illi tantum concessa fuerit facultas eligendi cęteris denegata censetur, l.cum Prætor cum similibus de iudicijs: y don Francisco Collado no sucedio en este vinculo por eleccion de su padre, ni tal consta, sino por hijo de la fundadora. Lo otro, porque esta facultad de elegir que se dio al primero hijo de los llamados q̃ huuiesse de suceder en el dicho vinculo, fue para en caso que muriesse sin dexar hijos, y descendientes, ibi: *Y si por caso el dicho mi heredero viniere a morir antes q̃ el dicho Martin Collado, y sin heredero legitimo*, que como queda fundado supra, se deue entender de heredero de sangre, id est, de hijo que pudiesse suceder en el dicho vinculo, y la dicha facultad concedida al dicho don Francisco en caso

caso de morir sin hijos, no fue visto darsela en el caso de morir con ellos (como murio dexando vna hija nacida, y vn postumo) potius videtur adempta nam datum, aut permissum sub vna conditione sub contraria censetur ademptum, l. si legatum pure, l. legata inutiliter, ff. de adimendis, vel transferendis legatis, cum similibus, Peregrinus, de fideicommissis, art. 11. nu. 88. & num. 122. Mieres, de maioratibus, 2. part. quæst. 4. illation. 8. nume. 5. & facultas eligendi concessa in vno casu, in cæteris denegata censetur, ex eleganti textũ in l. cum pater, §. qui hæreditatem, & §. à filia, ff. de legat. 2. donde auiendosele dado al grauado facultad de elegir, cum moreretur, la eleccion hecha en vida no valio, y fue contra la voluntad del testador, quem textũ sic explicant dominus Molina, de primogenijs, lib. 2. cap. 4. num. 23. & sequentibus, alter Molina, de iusticia & iure, disp. 593. per totam, Caldas Pereyra, de nominatione emphyteutica, lib. 2. quęst. 5. num. 9. Petrus de Peralta, in repetitione dictę legis cum pater, §. à filia, num. 44. omnino videndus, y asi auiendo muerto con hijo el dicho don Francisco Collado faltò la condicion, y el caso de suceder por via de elecion, no obstãte que los hijos que dexò muriessen, intra pupillarem ætatem, y sin poder testar: imo, aunque huuieran muerto, eodem instanti post patrem ex regula textus, in l. hæredibus, in principio, ff. ad Trebellianum, l. cum vxori, C. quando dies legati cedat Paulus de Castro, in l. ex facto, §. penult. ff. ad Trebellianũ, Oldraldo, cons. 21. thema tale est, dominus Molina, lib. 1. de primogenijs, cap. 6. num. 16. ibi: *Consequenter etiam, & septimo se offert talis regula, quod scilicet, quando alicui bona aliqua relinquntur ea lege vt illa alteri restituat si sine filijs mortuus, si ille cum filijs moriatur expirauit substitutio etiam si filij eiusdem sine filijs illico mortui fuerint, vt probatur insimili, &c.* Mieres, de maioratibus, 2. part. quæst. 11. num. 1. Molina Iesuita, de iustitia & iure, tractat. 2. disputat. 190. adeoque, huuiera sido lo mismo si el dicho don Francisco Collado no huuiera dexado mas que a su muger preñada, & ex secto ventre posthumus nasceretur, viuus, & postea decessisset, l. si quis prægnantem, ff. de regulis

gulis iuris, l. iuuemus, §. sin autem, C. ad Trebell. Ruin. in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 35. ff. de liberis & posthumis, Franciscus Marcus, de coniecturis, lib. 11. tit. 7. num. 9. & cum pluribus, Mieres, 3. part. quæst. 2. à num. 16.

Pero reconociendo los Abogados de Francisca de Quesada la fuerça destos fundamentos, han procurado salir dellos con dos consideraciones. La primera, haziendo diferencia de dos casos, y tiempos, vno de morir el hijo, y heredero de la fundadora que auia de suceder en el dicho vinculo, antes de Martin Collado su padre. Otro en caso de sobreuiuir, y morir despues: en el primero caso, y tiempo, dizen que està puesta la condicion, *si sine liberis, aut hæredibus*, mas no en el segundo, & sic, que la condicion puesta in primo casu de premorir, no se ha de repetir al segundo de auer sobreuiuido el dicho Martin Collado, con que pudo elegir, aunque muriesse sin hijos. La otra consideracion es dezir, que la facultad de elegir puesta en la dicha clausula de fundacion deste vinculo, fue Real y perpetua en todos los sucessores del dicho mayorazgo, y consiguientemente passò a los hijos del dicho Martin Collado, y al que dellos huuo de suceder en este vinculo, que fue el postumo, por auer sido varon, y assi que dado caso que el nombramiento que el dicho don Francisco Collado hizo, no se pueda sustentar, ex propria persona, se ha de sustentar, ex persona filij tanquam si ipse filius electionẽ faceret, porque el padre, como pudo substituyr pupilarmente a sus hijos, pudo tambien elegir en su nombre para caso de morir, intra pupillarem ætatem, como lo hizo.

Sed profecto, neque vlla, neque altera consideratio alicuius ponderis, nec momenti est, non prima. Tùm, porque como queda aduertido supra circa explicationem clausulæ, la fundadora en primero lugar llamó a todos sus hijos, y descendientes, y los prefirio a todos los demas llamados, y no se pudo verificar el caso de la elecion, sino es a falta de todos ellos, y assi lo mismo que reconoce la parte contraria estar dispuesto en el primero caso de morir el primero llamado, o elegido antes

antes que Martin Collado marido de la fundadora, es fuerça que reconozca en el segundo caso de morir despues dexando hijos, pues tan preferidos quedaron en el vn caso, como en el otro a los transuersales, lo qual aunque no estuuiera tan claro, se deuiera presumir assi, ex afectione, l.cum auus, ff.de condit. & demonstrat. & l.cum acutissimi, C.de fideicommissis. Tùm etiam, porque la dicion, *Y*. Latinè, *&*, puesta entre las palabras: *viniere a morir antes que Martin Collado*, y las palabras, *sin heredero legitimo*, no se puso para significar que para el caso de poder nombrar, y elegir el tal heredero, auian de concurrir, simul, entrambas cosas, simul hoc est, morir antes que Martin Collado, y sin hijos, que es vno de los efetos que suele obrar la dicha dicion, per textum in l.si hæredi plures, ff.de condit. institutionũ cum similibus, hoc enim esset absurdum, & contra mẽtem disponentis, pues pudo suceder el caso, como sucedio de morir don Francisco Collado despues de su padre con hijos, y pretender poder elegir a vn transuersal en su perjuyzio, diziendo, que solo se le prohibio el poder elegir en caso de morir antes que su padre con hijos, contra pietatem, & votum parentum qui proprie soboli alienam minime præferre exoptant, dict.l. cum auus, dicta l.cum acutissimi, C.de fideicommissis. Tùm denique, porque sumus in casu claro, si las palabras de la clausula se aduierten, etenim, auiendo dicho la fundadora que si su heredero viniesse a morir antes que su marido, y sin heredero legitimo, dize: *Quiero, y es mi voluntad, y mando, que en fin de los dias del dicho Martin Collado, y suyos del dicho mi heredero, vengan los dichos bienes del dicho quinto a la persona que nombrare el que vltimamente dellos muriere.* De suerte que dispuso la testadora que su heredero, y sucessor en el dicho vinculo eligiesse pariente que sucediesse en el, en caso de morir despues de su padre sin heredero legitimo, hoc est sine liberis, y la palabra, *antes*, puesta en lo antecediente se refiere a Martin Collado, marido de la fundadora, porque quiso que en caso de morir el dicho don Frãcisco Collado antes que su padre, y sin hijos, ni descendientes eligiesse su marido pariente que sucediesse en

el dicho

el dicho vinculo, y aſsi el ſentido es, que para auer de poder elegir Martin Collado, marido de la fundadora, auia de morir antes que el ſu hijo, ſin hijos, ni deſcendientes, y para poder elegir el dicho don Franciſco, auia de ſobreuiuir a ſu padre, y morir tambien ſin hijos, porque a quedar algun hijo, o deſcendiente en qualquiera de los dichos dos caſos ocupara la ſuceſsion, y no diera lugar a los ſegundos ſubſtitutos que auian de ſuceder, per electionem, que es el ſegundo genero de llamamientos que hizo la fundadora.

Y mucho menos color, y fundamento tiene la ſegũda conſideracion de la parte contraria, porque para q̃ lo tuuiera era neceſſario que fueſſen ciertas tres coſas. La vna, que la facultad que dio para elegir, y nombrar la fundadora a Martin Collado ſu marido, y al heredero que el nombraſſe fue Real y perpetua, y tranſitoria a los demas ſuceſſores, y conſiguientemente a los hijos del dicho don Franciſco Collado. La ſegunda, que el dicho don Franciſco huuiera querido hazer la elecio͂ que hizo en nombre de ſus hijos, y no en el ſuyo. La tercera, que en caſo de ſer Real la dicha elecion, y tranſitoria a los ſuceſſores, el dicho don Franciſco, como padre de ſus hijos huuiera podido por derecho elegir, nomine filiorum, y ninguna dellas es cierta, ni tiene fundamento juridico.

El punto ſobre ſi la facultad de elegir dada a vna perſona ſola en materia de mayorazgos, otras diſpoſiciones es perſonal, o real, y tranſitoria a los ſuceſſores, es muy contrauertido, aſsi por los textos de derecho comun, y los autores del, como por los autores del Reyno que tratan la materia, y por la breuedad del tiempo, y no podernos detener a diſputar el punto, per partes, emos de aſſentar la reſolucion mas juridica por los textos, y Doctores de la materia, que es la elecion, co͂petit nomine alieno, aut venit in conſequentiam alicuius iuris præambuli iure proprio competentis, y el exe͂plo, y reſolucion del primero caſo ſe propone en la ſi quis arbitratu, y en la ley cum quis, ff. de verborũ obligation. que es, que todas las vezes que vno da otro facultad de elegir, ſimpliciter, eſta ſe entiende dada, nomine

mine alieno, y es personal, y el exemplo, y resolucion del segũdo caso, inuenitur in l. si stipulatus fuerim illud aut illud, ff. de verbor. oblig. l. seruus si hęredi, in princ. ff. de statu liber. donde se resuelue que el hecho de la elecion en si es personal, atamen transit in consequentiam del derecho preambulo, y propio que nacio del contrato, y disposicion, de quibus mentio fit in dictis iuribus, quam distinctionem amplectuntur ibidẽ Bart. Paulus de Castro, & cæteri repetentes, y por los mismos fundamentos en materia de vinculos, y mayorazgos, quando la elecion se da para hazer mayorazgo, o vinculo en algun hijo, o al primero sucessor, y posseedor del para que pueda elegir (como en nuestro caso) es facultad, quæ competit nomine alieno, & sic personalis, y en ninguna manera se transmite, ni passa a los sucessores, per textum in d. l. si quis arbitratu, cũ allegatis supra, l. liberitis, y se extingue, y acaba en el primero eligente, l. bobes, §. hoc sermone, ff. de verborum signific. Gregorius Lopez, in l. 2. tit. 15. parti. 2. quæst. 13. verbo, *en España*, vers. Sed pone quod mater, idem Gregor. Lopez, in l. 32. tit. 9. parti. 6. gloss. 3. verbo, *no valdra*, quæst. 9. vers. Aduerte etiam quod licet, Caldas Pereyra, de nominatione emphyteut. quæst. 7. num. 9. melius, quæst. 9. ex num. 26. maxime num. 30. eleganter dominus Molina, de primogenijs, lib. 2. cap. 4. num. 61. & 62. quam sequitur alter Molina, de iusticia & iure, tractatu 2. disp. 592. num. 25. vers. Ius eligẽdi, & nouissime Gabriel Pereyra de Castro, in decisione Lusitana 21. per totam, maximè à num. 4. Aluaradus, de coniecturata mente defuncti, lib. 2. cap. 2. numer. 28. & pro hac opinione potest allegari Mieres de maiorat. 1. part. quęst. 48. num. 41. & 86. cum seqq.

Verum tamen est, que se podran alegar algunos autores por la contraria opinion, videlicèt, Gammam, decis. 206. nu. 8. & 9. & eius additionatorem, Blasium Flores de Mena, Menochium, & Cauedum, quos refert dominus Castillo, lib. 5. controuersiarũ, cap. 87. nu. 17. & 18. pero todos estos autores se deuen entender, segun la distincion dicha, que es original de Bartulo, in d. l. si stipulatus fuerim illud aut illud de verborũ obli-

gationi-

gationibus,numer.5.y de Iason,nume.3.videlicet,que quando la dicha elecion,competit nomine proprio ratione contractus transmissibilis: & in consequentiam, es real y perpetua,pero quando ex commissione alterius hoc est nomine alieno competit, todos reconocen que se extingue y acaba en la primera persona a quien se concedio,y entonces dize Bartulo, y Iason en los lugares dichos,y Alexandro en el consejo 117.nume.2. lib.3.Anton.Gom.tom.2.variarum,cap.11.num.41. y los demas Doctores, in locis supra relatis, que se dira competir la facultad de elegir, nomine proprio, & ex iure præeambulo,quando concurren tres cosas. Primum quod procedat contractus transmissimilis ad hæredes, & illi cohæreat ius eligendi tanquam quid accessorium siue tanquam executio contractus principalis. Secundum quod ius eligendi competat iure proprio non autem ex commissione alterius. Tertium, quod competat ad vtilitatem eligere debentis non autem ad vtilitatem alterius, & quando vno ex his deficit ius eligendi minime ad hæredem, vel ad alium successorem transfertur. Y ninguno de los tres requisitos concurren en el caso deste pleyto, porque no ay contrato, del qual se pueda transmitir obligacion alguna a los herederos, ni otra disposicion, cui prędicta facultas eligendi inhæreat tanquam accessorium, ni otra circunstancia por donde se pueda dezir que compete por derecho propio, sino tan solamente por la comission,y facultad que la testadora dio a su marido,o al que primero sucediesse, o huuiesse de suceder en este vinculo, & sic competit nomine alieno ad quod nifallimur est textus expressus, la l.vnum ex familia, §.si de falcidia,ff. de legat.2. ibi: *Si falcidia quæratur perinde omnia seruabunt, ac si nominatim ei qui postea electus est primo testamento fideicommissum fuisset relictum non enim facultas necessariæ electionis proprie liberalitatis beneficium est*. Este texto determina que al que tiene fadultad de elegir por testamento, y elige, solamente se le atribuye la execucion, non vero ipsa dispositio, luego siguese necessariamente que la dicha elecion no compete, nomine proprio, sed nomine alieno,porque si competiera, nomine proprio,

prio, en el dicho texto, atribuyerasele al eligēte la subſtancia de la diſpoſicion, qui textus ſic interpretatur ab Acoſta, in c. ſi pater de teſtamentis, 2. par. verbo bona omnia, num. 10. verſ. Quarto, & à domino Molina, de primogenijs, lib. 2. cap. 4. à numer. 11. ni ſemejante elecion ſe puede dezir, quod competat ad vtilitatem eligere debentis, ſino totalmente, ad vtilitatem alterius, en tanto grado que ſolo el que tiene eſta facultad puede elegir, y no puede poner ningun grauamen al electo, iuſta textum in dicto §. ſi falcidia: *Quid enim eſt, quod de ſuo videtur reliquiſſe qui quod reliquit omnino reddere debuit*, & docent Coſta, & dominus Molina, vbi proximè.

Rurſus, porque Gama, in dicta deciſione 206. habla en terminos de vn fideicomiſſo hecho por via de contrato oneroſo, y en que la facultad de nombrar, y elegir ſuceſſor ſe dio a todos los ſubſtitutos con la palabra, *in perpetuum*, y la razon en que ſe funda es dezir, q̃ es forçoſo que la facultad de nombrar ſea perpetua, para que el fideicomiſſo lo ſeà, quæ in maioratibus, & fideicommiſsis noſtri Regni ceſſat, porque eo ipſo, que vno haze vinculo, o mayorazgo, es perpetuo, & ſemper bona perueniunt ſucceſſoribus de familia iuſta tradita à domino Molina, lib. 1. capit. 5. per totum, latiſsime dominus Caſtillo, lib. 4. cap. 9. & lib. 5. 1. p. cap. 93. §. 3. per totum, y eſto es coſa tan clara, y corriēte, quæ non indiget probatione. Y aunque, idem dominus Caſtillo, dicto lib. 5. 1. part. cap. 87. parece que es de la miſma opinion de Gama, viſto todo aquel capitulo, en ninguna parte del afirma conſtantemente que la elecion dada al primer ſuceſſor ſea real y tranſmiſsible a los demas, pero bien reconoce que todas las vezes q̃ ay otros llamamienros particulares es en eſto, que la facultad ceſſa, y no ſe continua en los ſuceſſores, vt prouiſio teſtatoris locũ habeat, vt videre eſt apud ipſum, num. 27. ibi: *Qui maioratum perpetuum inſtituit primo duntaxat nominato facultatem eligendi, ſiue nominandi conceſsit, nec vltra proceſsit non enim veriſimile eſt, vt ſupra dicebam, quod vltra non progrederetur, & electo à primo nominato finito modum ſuccedendi non ſtatueret, ſiue vocationes, aut ſubſtitutio-*

titutiones aliquas non faceret si maioratum ipsum electiuum esse non voluisset ad idem est expressa, resolutio Blasij Flores de Mena, ad dictam decisionem 206. ibi: *Hæc decisio decidit quod sic ex voluntate testantis qui alias particulares vocationes non fecit*. En nuestra clausula la fundadora quiso que sucediesse en este vinculo el que eligiesse el heredero suyo que eligiesse su marido, o el que eligiesse el tal heredero suyo, pero en caso que estos no dexassen heredero que sucediesse, proueyò de sucessores al dicho vinculo, mandando que sucediesse la parienta suya donzella mas cercana, honesta, y recogida, y que no tuuiesse de hazienda mas de mil ducados, con que vino a manifestar mas la voluntad que tuuo de que la dicha elecion se acabasse en las dichas dos personas, y que no fuesse perpetua, aliàs, nunca llegara el caso de poder suceder las donzellas de su linage, y viniera a ser inutil la dicha substitucion.

Tampoco se verifica. Lo segundo, pues don Fracisco Collado no consta que hizisse, ni quisiesse hazer la dicha elecion, y nombramiento, nomine filiorum suorum, sino en el suyo. Tùm, porque en toda la clausula de su testamento, no dize que haze la dicha elecion en nombre de sus hijos, y si la hiziera lo expressara. Tùm, porque dize expressamente que la hizo en virtud del poder que su madre le dio a el: *Lo qual haze en virtud de la facultad, y licencia que la dicha su madre le dio por el dicho su testamento*; que son palabras que quitan toda dificultad, pues la fundadora no dio facultad a su marido, ni a su heredero para que nombrasse en nombre, ni por ningun sucessor, sino para que nombrasse sucessor en caso de no tener hijos, ni descendiētes. Tùm, porque el auer hecho mencion en la dicha clausula el dicho don Francisco de la edad pupilar de sus hijos, no fue para substituyrles pupilarmente, pues si esto fuera, hiziera testamento por ellos, ni para nombrar persona que sucediesse en nombre de sus hijos, sino en el suyo, vsando del dicho poder, entendiendo que lo podia hazer para en caso que muriessen, intra pupilarem ætatem argumento text. in l. si mater 33. ff. de vulg. & pup. substitut. donde vna madre instituyò a su hijo, in pubere, por heredero:

Cum

Cum erit annorum 14. eique in pupillaribus si sibi hæres non erit alium substituat valet substitutio. La duda deste pleyto fue, que como la madre pudo substituyr a su hijo pupilarmente, siendo contra derecho, por no tenerle debaxo de su potestad, l.2.in 2.responso, eod. tit. de vulg. y siendo esto asi, como valio la substitucion, & post magnam Iurisconsultorum controuersiam, se resoluio que porque en la especie del dicho texto la substitució no fue pupilar, sino vulgar, y no se auia de suceder, como por testamento del hijo, sino por testamento, y disposicion puramẽte de la madre valiesse la substitució, y que el auerse hecho alli mencion de la pupilar edad, no fue porque la madre quisiesse testar por su hijo, ni disponer por el, sino para declarar el tiempo desde quãdo auia de valer la dicha substitucion, asi interpreta el texto la glossa, ibidem verbo, *pupilaribus*, y Cuiacio, in parafrasi ad dict. l.si mater, & ad Africanum Emanuel Costa, in cap. si pater de testam. in 6. 1.part. numer.4. Antonio Gomez, 1.tom.variar.cap.2.numer.31. cum sequentibus, ni mas ni menos el dicho don Francisco Collado, considerando que sus hijos auian de suceder precisamente, y que podian morirse dentro de la edad pupilar, y consiguientemente sin descendientes, quiso nombrar sucessor en el dicho vinculo, para quando llegasse el dicho caso, ignorando que dexando hijos, como los dexò, no tuuo facultad para poder hazer el dicho nombramiento, y elecion, vt supra satis probatum est.

Pero dado caso que la dicha facultad de elegir huuiera sido real, y trãsitoria a todos los sucessores, y que el dicho don Francisco Collado huuiera vsado della en nombre de sus hijos, ex persona filiorum (quod precise negamus) no percibimos, quo iure, lo pudiera hazer el dicho don Francisco. Lo vno, porque aunque el padre pueda substituyr pupilarmente a su hijo, y hazer testamento por el, que es lo mismo, no solo de los bienes de su legitima, y que fueron propios del mismo padre, sino de qualesquiera otros, vnde cunque quæsitis iuxta textum in l.sed si plures, §. ad substitutos, ff.de vulga. Costa, in cap. si pater de testam. 1.part. verbo, habens,

 num. 14.

num. 14. esto se entiende haziendo testamento por su hijo, y dandole heredero, y entonces, electio censeretur facta iure hæreditario, & cum ipsa hæreditate, que es lo que algunos Doctores que tocan el punto en terminos quieren resoluer, & qui forte ab aduersa parte aduocentur licet impensate, loquantur, mas no auiendo hecho testamento, ni dado substituto pupilar el dicho don Francisco Collado a sus hijos, no pudo para despues de su muerte disponer por ellos, porque ya seria disponer, de re particulari filiorum impuberum, quod nunquam parentibus permissum est, iuxta textũ in d. §. ad substitutos, donde solo al padre soldado se le permite por preuilegio de la milicia que lo pueda hazer, y se les deniega a todos los demas, qui pecum paganus non posit impuberem facere pro parte intestatum, & voluit gloss. ibi verbo militem, ibi: *Vt infra de militari testamento, l. miles, §. similes & est ratio, quia facit puberem pro parte intestatum, quod per se potest improbato secus vt instituta de hæredib. instituend. §. non autem, in fine.* Et Rafael Cumanus, qui dixit gloss. illam esse falsam, quia pupillus ne quidem ex voluntate patris militis potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, & Costa, in dicto cap. si pater, 2. part. verbo, *bona omnia*, num. 3. que aunque no sigue a Rafael Cumano, en quanto repruena la opinion de la dicha glossa es de la misma opinion que la dicha glossa, y auiendo de suceder en el dicho vinculo los dichos pupilos, asi por la voluntad de la fundadora, como por la de su padre, despues de su muerte, viene a ser mas cierta la dicha proposicion, vt resoluit Caldas, de nominatione emphyteutica, quęst. 4. n. 4. ibi: *Illud tamen ex segura auctoritate in trepide resolui potest eũ qui pupillum nominauit funtum adeò esse officio suo, vt neutieuam alium possit nominare si intra pupilarem ætatem nominatus decesserit, quod etiam in patre admittendum est, nisi ille pro filio testamentum faciat.* Lo otro, porque aun no venimos a estar en los terminos de la question dicha, respeto de que don Francisco no hizo otra cosa mas que nombrar sucessor en este vinculo para en caso que sus hijos muriessen dẽtro de la edad pupilar, y asi caso que tuuiera hecho la dicha elecion,

nomine

nomine illorum, & iure patriæ potestatis, no lo huuiera podido hazer, no obstante que la dicha facultad passara a sus hijos en consequencia de la sucesion del dicho vinculo, porque aunque en consequencia de la disposicion, cui in hæreret, pudiera ser real, en quanto al hecho de elegir, personæ ipsi cohæret taliter, que ni el señor por el esclauo, ni el padre por el hijo pueden elegir, ex eleganti text. in l. illud aut illud 76. ff. de verborum obligat. ibi: *Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego voluero hac electio personalis est, & ideo seruo, vel filio talis electio cohæret:* quem textum sic interpretatur Donelus omnino vidēdus in hac lege in commentarijs ad tit. de verbor. particularmente auiendo hecho la dicha elecion este padre para tiempo inhabil, post eius mortem quando filius futurus esset sui iuris, y que podia el hazer su elecion en caso que se le huuiera transferido la facultad, iuxta glossam verbo, cohæret, in d. l. si stipulatus, y a lo que resueue Caldas Pereira, de iure emphyteutico, quæst. 4. per totam, maxime nume. 7. & 8.

Et sic, por todas las dichas causas la dicha elecion en que la parte contraria se funda, fue nulla, y auiendolo sido, es como sino se huuiera hecho, quia actus nullus pro non facto habetur, l. si cui, §. 1. ff. de operis libertorum, l. 2. §. 1. ff. quemadmodum testamenta aperiantur, l. non putabit, §. non quæ bis, ff. de contra tabulas, & in specie Caldas Pereira, de potestate eligendi, cap. 5. num. 8. Pelaez de Mieres, lib. 1. quæst. 48. n. 46. & num. 166. y consiguientemente vienen a tener derecho todos los demas llamados al dicho mayorazgo, y vinculo, l. cum quidam, ibi: *Idem ait si neminem elegerit omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri*, l. vnum ex familia, §. rogo, ibi: *Defuncto eo prius quam eligat petent omnes*; y por ser la sucesion deste vinculo indiuidua, y no poder suceder mas de vno, se ha de preferir en la sucesion del aquel que conforme a los llamamiētos, y naturaleza de la dicha disposicion tuuiere el primero lugar en la primogenitura, Gregor. Lopez, in l. 2. titul. 15. partit. 2. verbo, *en España*, vers. Sed pone, & Molina, de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 42. Mieres, de maioratib. 1. part. quæst. 48. numer. 46. & seqq. alter

Molina,

Molina de iusticia & iure, tractat. 2. disp. 593. nume. 6.

De todo lo qual viene el pretender todos tres litigantes auer de suceder por su persona propia en este vinculo. Las dichas doña Maria, y Francisca de Quesada por dezir que no auiendo tenido lugar el segundo llamamiento, y especie de substituciones, por via de elecion entra luego el tercero de las donzellas pobres de su linage, honestas y recogidas, y que no tengan de hazienda mas de mil ducados, pretendiendo cada qual auer verificado en ella esta calidad, y no en la otra, y el dicho don Francisco q̃ en este vinculo se ha de suceder por la via y no regular de los vinculos, y mayorazgos de España, cõforme al qual el se deue preferir, por ser hijo de Francisco de Quesada su padre, hermano de la fundadora, que començò este pleyto, ea potissima ratione, quia, no auiendo auido lugar la elecion, como no lo tuuo, tampoco llegò el caso del llamamiento de las donzellas parientas, por estar llamadas en caso que el marido de la fundadora, o su hijo, y heredero muriessen sin dexar persona que sucediesse en el dicho vinculo, ibi: *Y en caso que ambos a dos mueran sin dexar la tal persona que herede el dicho vinculo, quiero y es mi voluntad que en tal caso suceda la parienta mas cercana, que sea donzella;* y que don Francisco Collado, que fue en quien se verificò el primero llamamiento de la fundadora dexò hijos, con que faltò la condicion, debaxo de la qual fueron llamadas las dichas parientas donzellas, per textũ in l. Lutius, de hæredibus instituend. l. hæredibus, ad Trebellia. cum similibus, Oldraldo, cons. 21. per totũ.

Pero defendiendo en primero lugar el derecho de la dicha doña Maria Cañuto: dezimos lo primero, q̃ en ella concurren las calidades del dicho llamamiento, porque es la donzella parienta mas cercana de la fundadora hija de su hermano, y la parte contraria viene a ser su primahermana, y està verificado ser pobre, y no tener caudal para poderse casar, ni tomar estado, y esto es euidente, considerando a doña Maria, assi al tiempo de la vida de su padre, quando vacò la sucessiõ deste vinculo, como despues de su muerte, pues en vida del padre està prouado no tener vn solo marauedi

de

de caudal, y aunque su padre tenia bienes, todos eran vinculados, y que a la susodicha no podian seruirle para dote, por estar prohibida su enagenacion, y si tenia algunos bienes libres eran de tan poca consideracion que importauan mas de mil reales de principal de censos que auia sobre ellos, como parece de las prouãças, y en particular de lo que deponen los testigos en la tercera pregunta del interrogatorio de la primera instancia, folio 29. y donde especifican los censos, y la cantidad dellos por menor, y por mayor, y que los dichos bienes no valian mil ducados, ni dieran por ellos los testigos esta cantidad, y porque quando algunos bienes tuuiera el dicho Francisco de Quesada Cañuto padre de la dicha doña Maria, en su vida no eran de la susodicha, porque el hijo, inuita patris non habet dominium in bonis eius, puesto que tenga esperança de suceder, l. in suis, ff. de liber. & posthum. iuncta lege necessarijs, ff. de acqui. hæredit. donde en la dicha ley necessarijs, se borrò el dominio ficto que por la dicha ley in suis se consideraua en las personas de los hijos, inuita patris iusta omnium interpretationem: imo, que el derecho que el hijo tiene en los bienes del padre en su vida, es poco considerable, iuxta textum in l. 1. §. largius, ff. de successorio ędicto, vbi dicit quod filius in vita patris non dicitur habere ius considerabile etiam in spe legitimæ, nec habere ius causatum in hæreditate, vel bonis patris text. in l. 1. §. si impubere, in verbo: *pramatura enim est spes*, ff. de Carboniano ædicto, quibus & alijs fundamentis, sic respondit Iason quem cęteri secuntur in d. l. in suis, num. 17. omnino videndus, qui numer. 18. dicit vnde etiã legitima non debetur filio inuita patris, nec filius potest legitimam à patrre viuo petere.

Quibus non obstauit decir non posse filium, aut filiam pauperem dici qui habet patrem dibitem iusta text. in cap. Clerico 1. quæst. 2. cap. 1. de magistris, & per ea quæ tradunt DD. in auth. præterea, C. vnde vir, & vxor, & nonnulli authores, in d. l. in suis, ff. de liber. & posthum. Porque se responde. Lo primero, que la fundadora llamò a la donzella de su linage, para que con los bienes deste vinculo se cassase, con tal que no

 tuuiesse

tuuiesse mas de mil ducados de hazienda, y noteniendolos, como no los tenia al tiempo de la vacante de la sucesion del dicho vinculo la dicha doña Maria, nihil interst, que los tuuiera su padre, porque el tenerlos el no era tenerlos ella, quia duo insolidum domini esse non possunt, l.si vt certo, §.duobus vehiculum, ff. commodati, & per ea quæ supra dicta sunt, & quia verba testatoris propriè sunt accipienda, & impropria significatione, l.non aliter de leg.3. y como suenan, l.24. tit. 12.partit. 5.l.28. tit.9. partit.6. cum alijs pluribus, y darles otro sentido a las palabras de la dicha fundacion, seria muy improprio dellas. Lo segundo, porque como queda dicho los bienes que posseya el dicho Frãcisco de Quesada Cañuto aun no erã suyos, sino de vinculo, y mayorazgo, y sugetos a restitucion, y a cuya sucesiõ no era inmediata la dicha doña Maria, sino dos hermanos suyos varones, que viuian, y oy viuen, y cuyos frutos, y emolumentos pagadas las cargas apenas se podian sustentar conforme a su calidad, y assi como quiera que se considere, y en qualquiera sentido que se tomen las palabras de la dicha fundacion, cedit dies legati, & fideicommissi, ita eleganter Baldus, in d.l.si quis ad declinandam, column.2. vers. *Circa tertium*, C. de Episcopis, & Clericis, Tiraquel. in tractatu de nobilitat.cap.20.num.154.& cum alijs, Surdus, de alimentis, tit.8.priuileg. 1.num.9. ibi: *Est tamen aduertendum, quod vbi alimenta relinquuntur alicui qui bona habet ad vitæ sustentationem non tamen dicuntur relicta debiti, nec desinunt censeri relicta in piam causam, si is sit nobilis, & non possit secundum suam qualitatem viuere de redditibus suorum bonorum, vel habeat nobiles filias quas non possit congrue secundum suam dignitatem matrimonio collocare.*

Y considerando a doña Maria oy despues de muerto su padre, està mas llano el intento, porque en los bienes del susodicho ha sucedido el dicho don Francisco su hermano, iure maioratus, con que viene a quedar destituyda por todos caminos, y aunque el dicho Francisco de Quesada dexò algunos bienes libres, fueron tan solamente la heredad de los cerros de 300. fanegas de tierra, apreciadas a veynte y cinco reales la fanega,

y la

y la tienda de la plaça, que está apreciada en 35U. marauedis de principal, y la casa junto a la Veracruz, que gana de alquile en cada vn año quatro ducados, y vna haza en la vega del derramadero de Blas de Quesada, de siete a ocho fanegas de sembradura, apreciada en 17U. marauedis, y quinientas vides, apreciadas a ocho marauedis y medio cada vna, porque la otra heredad de tierras de 111. fanegas de tierras de las casas de Morales, las vendio en su vida el dicho Francisco de Quesada Cañuto, y todos los demas bienes de los memoriales estan vinculados, como parece dellos, y de los testimonios, y declaraciones hechas por la parte contraria, y su hermano, y presentado todo despues de visto el pleyto, de suerte que todos los bienes libres no valen mil ducados de principal, sobre los quales ay los censos que queda aduertido, y prouado supra, y son cinco los hijos que ay, y quedaron por fin y muerte del dicho Francisco de Quesada Cañuto. Don Francisco, don Alonso de Quesada, doña Maria, doña Catalina, y doña Francisca de Quesada, entre los quales se han de diuidir los dichos bienes libres. Segun esto consideren v.m. y estos señores que caudal puede tener la dicha doña Maria para poder ponerse en estado, y si le quadra la disposicion de la fundadora, pues es cierto que ella, y los demas sus hermanos, y madre estan en casa del dicho don Francisco, comiendo de alimentos.

Lo segundo que se considera es, que Francisca de Quesada no es la parienta mas cercana de la fundadora, ni puede competir en parentesco con doña Maria, porque es su prima hermana, y la dicha doña Maria hija de hermano, ni aprouado que la dicha doña Maria tenga de caudal mas de mil ducados, ni que ella tenga de caudal menos de los dichos mil ducados, que es lo que la fundadora pide expressamente, y supuesto que trata de excluyr a la dicha doña Maria, que es la donzella parienta mas cercana, fundandose en que la susodicha es rica, y ella pobre, auia de auer prouado entrãbos requisitos: quia se fundãs in dibitijs, aut in pauperta te, tiene obligacion de prouarlo, l. cum de lege, iuncta

gloss.

gloss. verbo, hæredis probatio, ff. de probationib. dominus Couarrub. variar. cap. 6. num. 7. Gutierr. de iurament. confirmat. 1. part. cap. 1. nume. 23. cum seqq. Baeça, de non melior. filiab. cap. 39. num. 26. Aiora, de partitionib. 1. part. cap. 7. num. 26. & 27. y por contrario doña Maria tiene prouado no tener de caudal 200. ducados, y que la dicha Frácisca de Quesada tiene mas de 3U. ducados de caudal, como parece de las prouanças, y en particular de lo que dizen los testigos en las preguntas quinta, y sexta, de la primera instancia del interrogatorio de Francisco de Quesada Cañuto, y doña Maria su hija, a folio 292. y de las hijuelas de particiones, que se hizieron por fin y muerte de su padre, cuya hazienda se diuidio entre cinco hermanos, y a cada vno dellos les cupo 228U173. marauedis, y por las declaraciones de la dicha Francisca de Quesada, y Alonso Rodriguez de Quesada su hermano, donde cófiessan que murieron tres de los dichos hijos, y sus hermanos a quien heredò su madre, y que despues murio su madre, y vinieron a heredar ellos su hazienda, y la de los dichos sus tres hermanos, de suerte que viene a tener oy la dicha Francisca de Quesada demas de su legitima paterna la mitad de las otras tres legitimas paternas de los otros sus tres hermanos, y mas la legitima materna, que todo viene a montar mucha mas cantidad de los dichos tres mil ducados, con que tambien viene a estar excluyda la dicha Francisca de Quesada de poder pretender la sucession deste mayorazgo, por el llamamiento tercero de las donzellas huerfanas del linage por no concurrir en ella la calidad de la proximidad, y de pobreça, las quales concurren en la dicha doña Maria.

Lo tercero, y con que se responde a la oposicion q̃ se haze por Francisco de Quesada, y don Francisco de Quesada su hijo, videlicèt, que el llamamiento de las donzellas fue para en caso de no dexar persona que sucediesse en este vinculo Martin Collado, y don Francisco Collado su hijo, y que auiendolos dexado como el dicho don Francisco los dexò, faltò la dicha substitucion. Es, porq̃ la dicha condició de no dexar sucessor, y morir

y morir sin el el dicho Martin Collado, y su hijo, no se ha de considerar, como si se huuiera puesto en vn fideicomisso temporal, y que se acaua en los primeros llamados. Tunc enim, es cosa assentada que por la existencia de los hijos, cessat substitutio iuxta textum in dict.l.hæredibus, dict.l. Lutius, dict.l.cum vxori, cum similibus, supra relatis, & in l.si mater, §.1.l.qui habebat, ff.de vulgari, l.generaliter, C.de institutionibus, & substitutionibus, & iusta cons.21.Oldraldi: hase de cõsiderar como puesta en vn fideicomisso, y vinculo perpetuo, in qno succedendum est iure maioratus, quo in casu, la dicha condicion, si sine hærede, aut sine liberis, se repite en todos los sucessores, vsque in infinitum, y assi, aunque el dicho don Francisco Collado murio con hijos, y con esto no llegò el caso de la substicion de las donzellas, no cessò la dicha substitucion, porque quedò repetida en los mismos hijos, y auiendo muerto ellos sin descendientes, llegò el caso de la dicha subs titucion, aliàs perpetuitas dispositionis conseruari nõ posset, quod probatur ex text in l. si quis ita legauerit, ff. de condition. & demonstration. vbi per Doctores communiter resoluitur, quod quando dispositio facta est per verba habentia tractum succesiuũ non sufficit momentaneum implementum, sed necesse est, quod ipsum implementum duret, & vltra ordinarios, in d.l. tradit cum pluribus Peregrin. de fideicommiss.art.29. numer.30.omnino videndus, dominus Molina, de primogen.lib.1.cap.6.num.18.& 19.Mieres, de maioratibus, 2.part.quæst.12.num.4.in nouissima additone, vbi plures refert.

Lo quarto que se considera es, que siendo llano, como lo es, que la dicha Francisca de Quesada no puede suceder en este vinculo, en virtud del nombramiento de don Francisco Collado, ni por el llamamiento de las donzellas del linage, por no auer prouado el requisito de la proximidad, y pobreça, porque se vicio la substitucion de las dichas donzellas, por la existencia de los hijos del dicho Francisco Collado, y por esta vltima razon tãbien parecie re que no es assentado el derecho de la dicha doña Maria, quod satis durum erit,

 aña-

añadiendo en satisfacion de las doctrinas de Peregri-
no, Molina, y Mieres, que quedan alegadas, que la con-
dicion, si sine liberis, y las demas en mayorazgos, se re-
piten, quando son necessarias para la conseruacion de
la perpetuydad, iuxta traditionem Molinæ, de primo-
genijs, lib.1.capit.6.numer.26. Petri Surdi, cons.403.
numer.21. ad hoc videndam, y que no fue necessaria la
repeticion en el caso deste pleyto, porque aunque no se
repitiera quedaua resguardada la perpetuydad de la
sucession con los llamamientos legales, y ordinarios
de los de la familia: en tal caso la sentencia de vista es
justificada, y el derecho de los dichos Francisco de
Quesada, y su hijo don Francisco, porque la fundadora
quiso que se sucediesse en los bienes deste vinculo, por
via de mayorazgo, para siempre jamas, con q̃ quedarõ
llamados a la sucession del todos los de su familia, vs-
que in infinitum, l. cum ita legatur, §. in fideicommis-
so, de legat.1. dominus Molina, de primog. lib.1.c.4.
num.13. & c.11. num.1. & cap.14. num.21. Burgos de
Paz iunior, quæst.2. nume.67. & domin. Castillo, con-
trouersiar. lib.3. capit.22. per totum, & lib.4. capit.9. y
aunque tambiẽ hizo las tres especies de substituciones
particulares. Vna de sus hijos, y descendientes. Otra de
la persona que fuere elegida por su marido, o hijo en
defeto de no auer quedado descendientes. Y la terce-
ra de las donzellas del linage que forçosamente auian
de admitirse, per prius, si se huuieran verificado las cõ-
diciones de sus llamamientos, per text. in d. §. in fidei-
commisso, & quæ ibi tradit Bart. & in l. quæsitum, §. si
quis fundum, numer.13. ff. de fundo instructo instrum.
quæ leg. Molina, de primog. d. lib.1. cap.4. num.33. &
34. en caso de no auer tenido efeto los dichos llama-
mientos especiales, han de suceder los de la familia, per
text. in d. §. in fideicommisso, y lo que resuelue el señor
Molina, in loco proxime citato, & numer. sequentibus,
Ferretus, cons.111. num.2. Ruin. cons.115. n.19. lib.3.
Mantica, de coniecturis, lib.6. tit.11. num.10. y con-
siguientemente Francisco de Quesada Cañuto, y por
su muerte don Francisco su hijo, como parientes mas
cercanos de la dicha fundadora, y del vltimo posse-
dor,

dor, que fue el postumo varon, que nacio despues del dicho don Francisco Collado su padre.

Y para en qualquiera acontecimiento de cõfirmarse la sentencia de vista, o de declarar por sucessora a la dicha doña Maria Cañuto, y mandar que se le entreguen los bienes del dicho vinculo, se deue mandar tambien que la entrega sea con los frutos, hasta la real restitucion, porque siendo como es el que se ha intentado vn juyzio vniuersal, ex fructibus augetur, & dicuntur pars ipsarum rerum, & veniunt cum ipsis rebus, l. item veniunt, §. fructus, ff. de petitione hæreditatis, l. 2. C. eod. l. non est, C. fam. herciscund. Boerius, decis. 18. num. 5. y auiendose intentado este juyzio vniuersal se entienden pedidos los frutos, como parte integral del, y el juez tiene obligacion a mandarlos restituyr, con la misma cosa de que se percibieron, vt cum pluribus resoluit Bart. in rubrica soluto matrimonio, 3. par. n. 62. cum sequentibus, latissime domin. Ioann. del Castillo, d. lib. 5. 2. part. cap. 135. numer. 27. vers. Et quidem, & nu. 36. 37. & 38. no obstante que en la demanda Francisco de Quesada Cañuto protestasse pedir los frutos a su tiempo, con que parece no auerlos pedido. Lo vno, porque la dicha protesta fue contraria al mismo hecho de pedir los bienes del vinculo, en que suapte natura venian los frutos. Lo otro, porque esta protesta se ha de entender, en quanto a los frutos antes de començado el pleyto, pero no a los frutos percebidos despues que se començò hasta la real restitucion, qui veniunt ex natura iudicij vniuersalis intentati, per iura, & Doctores supra relatos: porque los frutos despues del pleyto començado, y contestado, etiam in iudicibus particularibus officio iudicis veniunt restituendi, l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædilitio ædicto, & cum Inocent. Baldo, Alexandro, & alijs, tradit Auendañ. respons. 6. num. 3. etiam si non petantur, vt post Butrium, Abbatem, Baldum, Bart. Alexandrum, Guidon Papa, Ripã, Manticam, & Couarrub. tradit Peregrin. de fideicommiss. art. 49. nume. 146. & 150. quos sequitur dominus Castillo, d. cap. 135. nume. 8. Antonius Faber, ad tit. C. de fructibus, & litium expensis, definitione 68. demas

que

que como queda fundado, este es vn juyzio vniuersal, y se han agrauiado estas partes en esta instancia de reuista de no auerse hecho expressa condenacion de los dichos frutos, y los han pedido, y hecho prouāças muy grandes sobre ellos, de que han valido los dichos bienes en cada vn año la venta ochenta ducados, y las tierras de alrededor quarenta fanegas de trigo y mas, que quando el juyzio intentado no fuera vniuersal, sino particular era pedimiento suficiente, y bastante, vt cum Inocentio, Butrio, Baldo, Parisio, Boerio, Peregrino, & alijs resoluit dominus Castillo, d. cap. 135. nu. 16. ibi: *Quod si fructus fuerint inepte petiti, & in sententia non fiat mentio de fructibus, vel lata sit absolutoria fructuum d. sententia non obstante possunt in instantia appellationis, vel suplicationis peti, vt est textus, & ibi notat Paulus, in l. si in iudicio, ff. de exception. idem quoque ex Inocentio, Butrio, Baldo, Guidon Papa, resoluit Peregrinus, de fideicommis. &c.*

Ex quibus omnibus, queda resuelto ser legitima sucessora deste vinculo, y mayorazgo la dicha doña Maria, y que en caso que ella no lo sea lo es el dicho don Francisco, y que la dicha Francisca de Quesada deue ser condenada en la restitucion de los bienes con los frutos, hasta la real restitucion. Quod dicta pronuntiandum speramus. Salua, &c.

Licenciado Morales
Ballesteros.